

Entscheiden müssen ist besser als spenden müssen

Quirin Weinzierl

2019-08-05T11:28:13

Die Organspende neu zu regeln ist seit langem ein politisches Thema in Deutschland. Der Bundestag hat sich vor der Sommerpause noch einmal mit der zentralen Frage befasst, wie festzustellen ist, wer als Organspender gilt und wer nicht. Zwei grundsätzlich verschiedene Ansätze stehen sich gegenüber: die (gegenwärtige) Zustimmung- sowie die [von einer großen Gruppe Abgeordneten verfolgte](#) Widerspruchslösung. Aus (verhaltens-)ökonomischer und freiheitlicher Sicht verdient jedoch eine dritte Regelungsoption den Vorzug, die ohne Voreinstellungen auskommt: der Entscheidungszwang.

Von der Zustimmung- zur Widerspruchslösung

Die gegenwärtige und [von anderen Abgeordneten favorisierte](#) Zustimmungslösung sieht vor, dass man solange nicht als Spender gilt, solange man nicht eine positive Erklärung hierüber abgegeben hat – eine *Opt-in*-Entscheidungsarchitektur. Die nun [anvisierte \(doppelte\) Widerspruchslösung](#) sieht dagegen vor, dass jeder Spender ist, soweit er nicht selbst (oder seine Angehörigen) widerspricht. Es handelt sich mithin um eine *Opt-out*-Entscheidungsarchitektur.

Der Schwenk zur Widerspruchslösung ließe sich aus Sicht der **klassischen Ökonomie** leicht begründen. Hiernach ist es grundsätzlich sinnvoll, Voreinstellungen entsprechend der Mehrheitspräferenz auszurichten (sog. *Majoritarian Default*). Die meisten Personen sparen dann Transaktionskosten (also die für die Änderung der Voreinstellung insgesamt aufzuwendenden Kosten) und werden so dabei unterstützt, ihren eigentlichen Willen zum Ausdruck zu bringen. Entsprechend der in [Umfragen der BZgA](#) abstrakt erfassten hohen Bereitschaft zur Organspende (etwa [72 %](#)), ist die Voreinstellung also auf der Seite dieser Mehrheit zu setzen. Menschen, die keine Organspender sein wollen (*Minority*), befähigt die umfassende Informationspflicht dazu, ihren Widerspruch zu erklären. Denn diese dient dazu, Informationsdefizite abzubauen und so Transaktionskosten des *Opt-out* zu senken.

Aus **verhaltensökonomischer Sicht** ist die Widerspruchslösung kritischer zu betrachten. Verhaltensökonomische Erkenntnisse legen nahe, dass der Einzelne nach dem *Default Effect* Einstellungen grundsätzlich beibehält – obwohl er eigentlich eine andere Präferenz hat. Nach der modernen, auf Verhaltenspsychologie basierende ökonomische Theorie (*Behavioral Economics*) lässt sich dies nicht alleine mit Transaktionskosten begründen. Vielmehr handelt der Mensch nicht uneingeschränkt rational, sondern mit begrenzter Rationalität (sog. *Bounded Rationality*). Er lässt sich bei seinen Entscheidungen von *Biases* und *Heuristiken* leiten. Es liegt nahe zu vermuten, die Befürworter der Widerspruchslösung könnten diese Klebrigkeit bei Voreinstellung ausnutzen wollen. Denn sie fordern die Widerspruchslösung stets mit dem Ziel, die Anzahl der Organspender zu erhöhen.

Der neidvolle Blick auf Staaten mit Widerspruchslösung unterstreicht dies. Die Voreinstellung wollen die Befürworter entsprechend so setzen, dass sie das politisch verfolgte und als moralisch höherwertig gesehene Ziel der Organspende vorsieht. Dies entspricht der klassischen Form des *Nudging*.

Auch die umfassenden **Informationspflichten**, die der Gesetzesentwurf zur Widerspruchslösung vorsieht, sind aus verhaltensökonomischer Sicht anders zu beurteilen als nach der klassischen ökonomischen Theorie. Sie können die faktisch-zwingende Wirkung der Verhaltenssteuerung abschwächen – insbesondere, wenn sie nach verhaltenswissenschaftlichen Erkenntnissen gestaltet sind (sog. *Debiasing*). Doch lässt sich ein vollständiges *Debiasing* durch Informationsgabe nicht erreichen – insbesondere nicht durch ein einfaches Mehr an Informationen. Wäre dem so, sollte die Zustimmungslösung mit der richtigen Informationsgabe gerade keine anderen Ergebnisse erzielen als die Widerspruchslösung. Die verhaltenslenkende Wirkung der Voreinstellung bleibt vielmehr bestehen.

Der Gesetzgeber muss sich bei der Widerspruchslösung verhalten lassen, dass er Menschen hin zu einer Organspende steuert, obwohl diese nicht zwingend ihren eigentlichen Präferenzen entspricht. Hiermit verbindet sich ein **tief gehender Grundrechtseingriff**. Selbst wenn der Gesetzgeber nur darauf zielt, dem „wahren Willen“ der Mehrheit zum Durchbruch zu verhelfen, so nimmt er unweigerlich eine geleitete Minderheit in Kauf. Will er die Menschen sogar steuern, nutzt er deren Entscheidungsschwächen zur Erreichung eines heteronom gesetzten Ziels aus. Die Informationsgabe kann den Grundrechtseingriff wegen ihrer begrenzten Wirkung nur abschwächen. Insofern vollführt die Widerspruchslösung und damit der Gesetzesentwurf einen **anthropologischen Spagat**: Er nutzt die Rationalitätsschwäche des Menschen aus bzw. erkennt diese an („Voreinstellung“ der Organspendereigenschaft), um ihn dann wiederum als rationales Wesen zu adressieren (Informationsgabe).

Die anti-freiheitlichen Elemente des „[Liberalen Paternalismus](#)“ (Cass Sunstein, Richard Thaler) scheinen in der Widerspruchslösung (aber auch der Zustimmungslösung) klar auf – die „[Kultur freiwillig geübter Solidarität](#)“ (Nationaler Ethikrat) untergräbt der Gesetzgeber damit. Angesichts dieser Freiheitseinschränkung ist die pauschale Weihe des BVerfG (bzw. der [Ersten Kammer des Ersten Senats](#)) für die Widerspruchslösung wenig verständlich.

Der Entscheidungszwang

Zu den möglichen Alternativen zur Widerspruchslösung stellt der Gesetzesentwurf lakonisch fest: „Keine“. Das greift zu kurz. Denn zwischen Zustimmungs- und Widerspruchslösung ist eine dritte Lösung denkbar. Anstatt wie in diesen beiden Ansätzen eine Voreinstellung zu treffen (*Opt-in* bzw. *Opt-out*) können Entscheidungsarchitekturen auf eine Voreinstellung gänzlich verzichten. Dies ist der Fall, wenn sie den Einzelnen zu einer (unvoreingestellten) Entscheidung – „Ja“ oder „Nein“ – zwingen (*Mandated Choice*).

Völlig unbekannt ist das Konzept eines Entscheidungszwangs nicht – der verfassungs- bzw. staatsrechtlichen Debatte ist es als Wahlzwang bekannt. In

der Organspendendebatte schienen ähnliche Konzepte immer wieder auf. Im Jahr 2007 schlug der Nationale Ethikrat eine „[Erklärungspflichtregelung](#)“ vor, im Jahr 2010 diskutierte der (nunmehr) Deutsche Ethikrat eine „[Äußerungspflicht](#)“, im Jahr 2011/12 forderte der Bundesrat eine „[Erklärungslösung](#)“ und nun in der aktuellen Bundestagsdebatte 2018 tauchte der Vorschlag etwa unter dem Namen „[verpflichtende Entscheidungslösung](#)“ auf. Viele [US-amerikanische Bundestaaten](#) bedienen sich eines schwachen, d.h. sanktionslosen, Zwangs (sog. *Active Choosing*).

Verhaltensökonomisch verbindet sich mit dem Entscheidungszwang das Ziel, eine von der Verhaltenssteuerung der Voreinstellung freie Entscheidung des Menschen herbeizuführen. Der Entscheidungszwang verspricht, Menschen nicht der lenkenden Wirkung der Voreinstellung auszusetzen. Die begrenzte Rationalität des Einzelnen wird so nicht (potentiell) gegen ihn gewendet. Vielmehr versetzt der Entscheidungszwang den Einzelnen in die Lage, eine tatsächlich freie, seinen Zielen entsprechende Entscheidung zu treffen. Besonders effektiv ist dieser Ansatz, wenn die Entscheidungssituation den Einzelnen insgesamt aus dem affektgeprägten schnellen Entscheiden (nach Daniel Kahneman: [System 1-Denken](#)) in ein rationales langsames Entscheiden führt (System 2-Denken). Der verhaltensökonomisch informierte Regelungsansatz sieht sich dann nicht der gängigen, am „Liberalen Paternalismus“ vorgebrachten Kritik ausgesetzt. Der anthropologische Spagat entfielen: Der Gesetzgeber würde den Einzelnen als rational entscheidendes Wesen ansprechen und wo nötig, zu einer solchen Entscheidung befähigen.

Untersuchungen zur Wirkung des Entscheidungszwangs sind weniger vielzählig als die zu Voreinstellungen. Doch machen sie eines deutlich: Entscheidungsraten können nahe an denen oder sogar über denen des Opt-out liegen. Dies mag an [unterschwelligem Lenken](#) liegen, es kann aber auch an der Freiheit der Entscheidung selbst und einem so [ausgelösten Altruismus](#) liegen.

Auf die Organspende angewendet, könnte ein **Entscheidungszwang konkret so gestaltet** sein: Jeder Bürger würde in einem gewissen Moment zur Entscheidung über seine Spendereigenschaft aufgefordert. Umsetzen ließe sich dies etwa bei der Abholung eines Personalausweises oder Reisepasses, dem Erwerb des Führerscheins oder der Ausstellung einer Krankenkassenscheine. Hier ließe sich die Aushändigung dieser Dokumente oder die Durchführung der Verwaltungsleistung an eine Entscheidung über die Organspendereigenschaft knüpfen. Denkbar wäre daneben die Nicht-Entscheidung mit einem Bußgeld zu belegen oder eine längere Wartefrist vorzusehen.

Regulatorisch bringt ein Entscheidungszwang zwei wesentliche **Probleme** mit sich, die es zu lösen gilt:

Erstens muss die Entscheidungssituation selbst **verhaltenssteuerungsfrei** konstruiert sein, um ihr Ziel der freien Entscheidung bestmöglich zu erreichen. Dies ist schwierig. Denn bereits die Formulierung der Frage, bzw. die Anknüpfung der positiven und negativen Antwort, hat steuernde Wirkung (sog. *Framing*). Menschen antworten eher „Ja“ als „Nein“. Die Frage „Wollen Sie Organspender sein?“ erzielt also mehr Organspender als die Frage „Wollen Sie weiterhin kein Organspender sein?“. [Untersuchungen](#) ergeben um 20 %-Punkte höhere Zustimmungsraten.

Soweit ein *Framing* unverzichtbar ist, wäre es also denkbar, die hin zum *Status Quo* lenkende Formulierung zu wählen – jedoch auch nicht zwingend. Entscheidender scheint, eine weitgehend neutrale Darstellung der Entscheidungsumgebung zu wählen. Es gilt also etwa, beide Optionen optisch und informativ gleichwertig darzustellen. Darüber hinaus könnte die Situation so gestaltet sein, dass sie es wahrscheinlicher macht, dass der Einzelne in ein rationales System-2-Denken fällt. So wäre es möglich, das Formular bei Personalausweis Antrag mitzugeben und dieses erst bei der Ausweisabholung abzugeben. Auch eine Bedenkzeit von etwa zehn Minuten vor Entgegennahme ist denkbar. So könnte der Einzelne in eine (digitale) „Wahlkabine“ geschickt werden, um das Formular dort auszufüllen. Auf diesem Wege ließe sich auch der Datenschutz gewährleisten – etwa wenn der verschlossene „Wahlumschlag“ direkt an ein Zentrales Spenderregister gesendet würde.

Zweitens braucht jeder Entscheidungszwang einen **Fallback Default** – also eine Notfall-Voreinstellung für den Fall, dass sich der Einzelne der Entscheidung trotz Zwangs entzieht (dies übersieht der Nationale Ethikrat). So ist es praktisch nicht auszuschließen, dass jemand etwa keinen Personalausweis beantragt, Führerschein macht oder alle Strafen begleicht. In diesem Fall ist vorzusehen, welche der beiden Entscheidungsalternativen gilt. Für ein „Ja“ zur Spende als *Fallback Default* (so der Vorschlag des [Nationalen Ethikrates aus dem Jahr 2007](#)) spricht (unter Berücksichtigung von [Ausnahmen](#)), dass dies den Entscheidungsdruck entscheidend steigern könnte („Wenn Sie sich nicht entscheiden, sind sie automatisch registriert“). Für die Nicht-Spender-Eigenschaft streitet der Schutz vulnerabler Gruppen sowie der potentielle Eindruck der Spendereigenschaft als Sanktion.

Gleichzeitig räumt der Entscheidungszwang eines der wesentlichen Probleme der Voreinstellungs-Lösungen aus: die enorme **Last der Angehörigen**, wenn eine Erklärung fehlt. Diese steigert sich bei der Widerspruchslösung sogar – zwingt man die Angehörigen nicht wie der Gesetzesentwurf dazu, das Schweigen als Willensbekundung zu akzeptieren. Denn unter der Widerspruchslösung ist nur noch im Falle des Widerspruchs der eindeutige Wille des Toten bekannt – im Fall der Nicht-Erklärung stehen die Angehörigen vor dem skizzierten verhaltenswissenschaftlichen Gefälle: hat der Tote nicht widersprochen, weil er spenden wollte oder weil er 'faul' war? Nur der Entscheidungszwang verspricht in der großen Mehrzahl der Fälle Klarheit in beide Richtungen.

Verfassungsrechtlich lässt sich ein solcher Entscheidungszwang als milderes Mittel gegenüber einer Fiktion der Organspende sehen. Zwar setzt er den Einzelnen einem unmittelbaren Zwang zu entscheiden aus. Gleichzeitig vermeidet er unerschwellige Steuerung. Der Selbstbestimmung ist der Entscheidungszwang insoweit dienlich. Diese Überlegung dürfte gerade dann überwiegen, wenn die Sachentscheidung weitreichende Konsequenzen hat. Denn dann hat der Vorzug einer freien Sachentscheidung im Gegensatz zu den mit dem Verlust der Entscheidungsentscheidung (mit [Cass Sunstein](#): „*Choosing not to choose*“) einhergehenden Belastungen der Widerspruchslösung besonderes Gewicht. Insoweit ist das Interesse daran, nicht zu entscheiden bzw. die Voreinstellung

beizubelassen, weniger schützenswert als das Interesse, nicht das gesteuerte Mittel eines möglicherweise fremden Zwecks zu sein.

Ein gangbarer Weg

Dies alles zeigt: Zwischen Zustimmungs- und Widerspruchslösung liegt das weite Feld des Entscheidungszwangs. Dieses von vorne herein unversucht zu lassen, unterschätzt sein großes Potential und seinen freiheitlichen, auf Entscheidungslenkung verzichtenden Grundgedanken. Gleichzeitig verspricht es, die Angehörigen am meisten zu schützen. Die Politik sollte einen Schritt zurücktreten und diese Option (wieder) in Betracht ziehen.

Zu Mandated Choice siehe auch Martini/Weinzierl, Mandated Choice: der Zwang zur Entscheidung auf dem Prüfstand von Privacy by Default (Art. 25 Abs. 2 DSGVO), Rechtswissenschaft 2019 (im Erscheinen).

